



HÖLZEL & HELLMANN
RECHTSANWALTSKANZLEI

Abnahme, Mängelrechte und Durchsetzung der Vergütung

Inhaltsverzeichnis

Abnahme

I. Begriff und Bedeutung der Abnahme:	
Begriff	5
Bedeutung: 1. Erfüllung	7
2. Gefahrtragung	8
3. Schutzpflicht	12
4. Beweislastumkehr Mängel	13
5. Fälligkeit Werklohn	14
6. Verjährungsbeginn Mängel	15
II. Wann ist die Abnahme vorzunehmen?:	16
1. Wann ist Leistung fertiggestellt?	19
2. Wann ist Leistung „im wesentlichen“ mangelfrei?	21
3. AG nimmt nicht ab und verweist auf Mängel	24
4. Wann benötigt AN keine Abnahme mehr?	25
5. Können auch Teile von Bauwerken abgenommen werden?	27
6. Zu welchem Zeitpunkt muss abgenommen werden?	28
III. Wie wird die Abnahme durchgeführt?:	30
1. Wer darf Abnahme erklären?	31
2. Wie wird Abnahmeerklärung abgegeben?	33
3. Was gilt als Abnahmeerklärung?	40
4. Wer trägt die Kosten der Abnahme?	46
IV. Vorbehalte bei der Abnahme:	47
1. Vorbehalte wegen Mängeln	47
2. Vorbehalt der Vertragsstrafe	49

Mängelrechte

I. Alles über Sachmängel:	
1. Was sind Sachmängel?	51
2. Woraus ergeben sich die Vorgaben des Bau-Solls bei vertraglicher Vereinbarung?	55
3. Das Bau-Soll und die allgemein anerkannten Regeln der Technik	58
4. Probleme um das Bau-Ist	62
5. Mangelhaftungsausschluss	63
II. Mängelrechte:	
1. Allgemeines	64
2. Einzelne Mängelrechte	65
III. Mitverursachung:	
1. Wie macht man eine Mitverursachung geltend?	74
2. Besonderheit Mitverursachung Vor- und Nachunternehmer	75
IV. Verjährung	76
1. Dauer und Beginn des Laufs der Verjährungsfristen	77
2. Wie kann Verjährung hinausgeschoben werden?	78
3. Problem Verjährung gegen Baustofflieferant	79

Durchsetzung der Vergütung

I. Sicherungsbürgschaft	82
II. Bauhandwerkersicherungshypothek	84
III. Arrest	87
IV. Schadenersatz gegen Baugeldempfänger	

Abnahme

I. Begriff und Bedeutung der Abnahme

Wann liegt eine Abnahme vor?

1. Entgegennahme der Leistung in tatsächlicher Hinsicht, z.B. Schlüsselübergabe

+

2. Erklärung, Leistung werde als vertragsgemäß anerkannt.



- keine Abnahme ohne die Möglichkeit, Werk in Besitz zu nehmen
- wenn Erklärung vorhanden, dass vertragsgemäß, dann Abnahme auch, wenn noch Mängel vorliegen, auch, wenn Mängel vorbehalten wurden
- keine Abnahme unter einer Bedingung, z.B. Erbringung einer Zusatzleistung

Merke !

1.

Akzeptiere im Zweifel auch eine Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln, weil auch das eine Abnahme mit allen Rechtsfolgen darstellt.

2.

Trage einen Widerspruch hinsichtlich der vorbehaltenen Mängel in das Protokoll ein, wenn kein Einverständnis besteht.

3.

Verschiebe nicht den Termin, nur, um nach einer Nachbesserung eine mangelfreie Abnahme zu erreichen.

Warum ist die Abnahme so wichtig für den AN?

1. Es tritt Erfüllung des Bauvertrages ein.



keine Vorleistungsverpflichtung mehr, nur noch Mangelbeseitigung



Zurückbehaltung Werklohn nur in Höhe der doppelten
Mangelbeseitigungskosten

2. Die Gefahr geht über.

Leistungsgefahr

ohne Abnahme muss AN die Leistung erneut erbringen, wenn sie untergegangen, gestohlen oder beschädigt wurde

Vergütungsgefahr

ohne Abnahme verliert der AN Vergütungsanspruch für die bereits erbrachte Leistung bei zufälligem Untergang, Verschlechterung oder zufällig eintretender Undurchführbarkeit

Abhilfe: Bauleistungsversicherung (Kosten?)

Ausnahmen prüfen wie nachfolgend...

Ausnahmen von der Gefahrtragung vor Abnahme:

- § 7 VOB/B: Zerstörung, Beschädigung der Leistung vor Abnahme durch höhere Gewalt, Aufruhr oder andere *unabwendbare* Umstände, hierzu gehören nicht! alle Umstände, auf die sich AN einrichten muss: dies sind alle Umstände, die nach menschlicher Einsicht und Erfahrung vorhersehbar sind wie Witterung (Ausnahme Jahrhundertorkan, -hochwasser), Diebstahl, Sachbeschädigung, soweit mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln zu verhüten
- Ursache für Zerstörung usw. ist von AG gelieferter Baustoff, wenn kein Anlass für Bedenken erkennbar war
- Bodenrisiko, wenn AN über Notwendigkeit Gutachten belehrt hat und kein Anlass für Bedenken erkennbar war
- Ursache liegt in Handlungen oder Unterlassungen des AG (z.B. vorübergehend fehlender Hochwasserschutz „Schürmannbau“, BGH, Urteil vom 21.06.1997, VII ZR 17/96), siehe nachfolgende Seite...



weitere Ausnahmen:

- Beschädigung durch andere Unternehmer?: nein, nur Schadenersatzanspruch gegen den anderen Unternehmer
- Anweisung des AG an anderen Unternehmer, dessen Tätigkeit Beschädigung usw. verursacht?: nein, nur wenn dadurch zwangsläufig Beschädigung passiert

Wichtigster Fall:

- AG nimmt trotz Verpflichtung nicht ab (Annahmeverzug)



Merke!

Deshalb immer unverzüglich zur Abnahme auffordern, wenn Leistung erbracht, und zwar nachweislich (schriftlich mit Zugangsnachweis) !

3. Die Schutzpflicht für das Werk entfällt:

AN hat nach § 4 Abs.5 VOB/B seine Leistungen „und die ihm übergebenen Gegenstände“ vor Beschädigung, Diebstahl, auf Verlangen auch vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen.



AN muss also Aufwand betreiben, damit keine Beschädigung eintritt



bloßes Gefahrtragsrisiko , siehe Folie 8, betrifft nur Eigenschaden, Verletzung der Schutzpflicht macht schadenersatzpflichtig gegenüber dem Auftraggeber!

Beispiel: AN muss zur Durchführung von Dachdeckerarbeiten Dach öffnen.

Dann muss AN auch ohne Auftrag den Eintritt von Niederschlägen in das Gebäude verhindern (Vergütung § 2 Abs. 6 VOB/B Ankündigung!),

bei BGB-Vertrag nur Bedenkenanmeldung nötig, wenn Vorkehrungen nicht
nicht geplant

4. Für das Vorhandensein von Mängeln kehrt sich die Beweislast um:

vor Abnahme



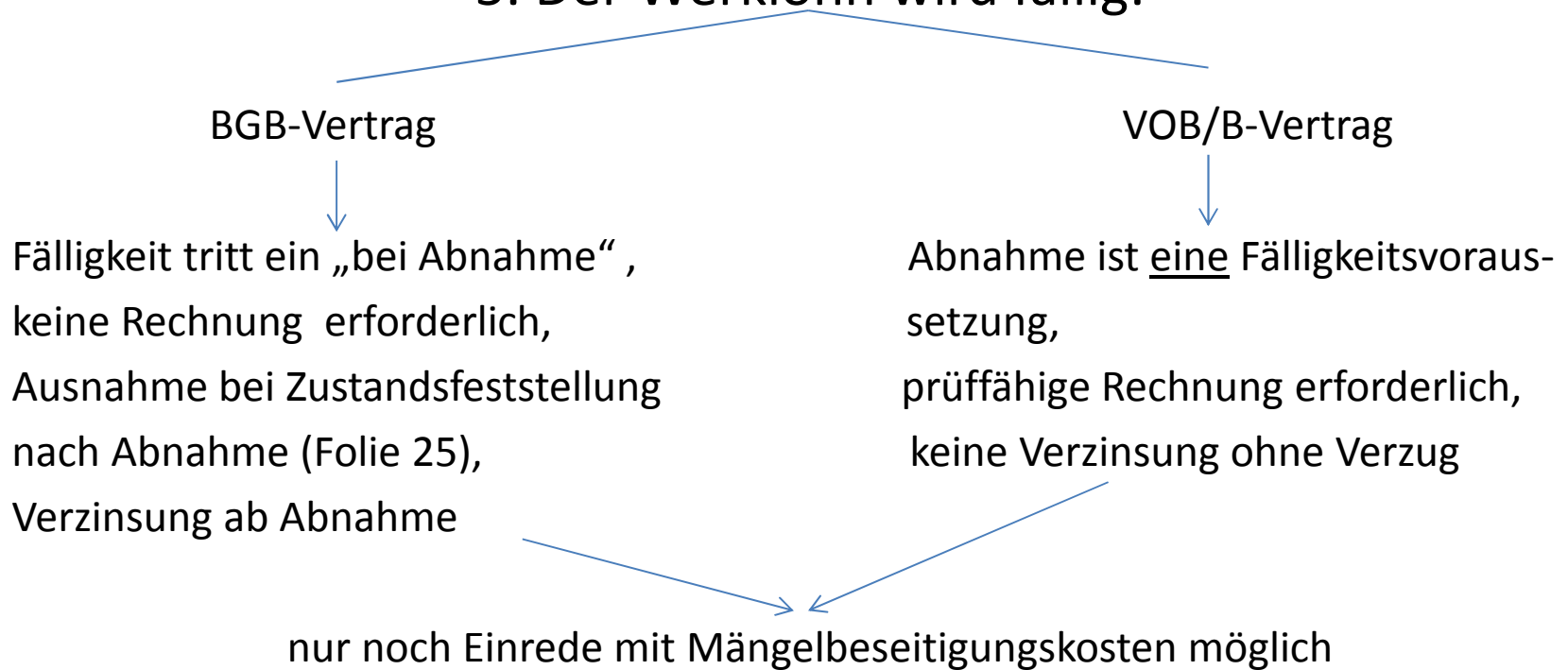
AN muss beweisen, dass kein Mangel vorliegt,
AN muss beweisen, dass kein Mangel vorliegt !!!,
auch, wenn AG angebliche Mängel durch Ersatzvornahme hat beseitigen lassen,
auch, wenn AG und AN vereinbart haben, dass ein Mangel beseitigt wird und über Verursachung, Kosten usw. später gesprochen werden sollte

nach Abnahme



AG muss beweisen, dass Mangel vorliegt, und zwar z.Z. Abnahme!
AG muss beweisen, dass Mangel vorliegt,
auch, wenn AN sich geweigert hat, Mangel zu beseitigen und AG Ersatzvornahme durchgeführt hat,
bitte keine Beseitigung bestrittener Mängel ohne Kostenab-sprache!

5. Der Werklohn wird fällig:



Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) des AG unwirksam:

„Voraussetzung für die Schlusszahlung ist eine mangelfreie Abnahme bzw., dass die bei der Abnahme festgestellten Mängel beseitigt sind.“ → unwirksam, weil jeder kleine Mangel Fälligkeit verhindern würde

6. Die Verjährungsfrist für Mängel beginnt zu laufen:

Deshalb hat AN ein Interesse an einer unverzüglichen Abnahme, auch, wenn sie unter Vorbehalt von Mängeln erfolgt.

Auch Mängelansprüche für vorbehaltene Mängel verjähren ab Abnahme!

AGB des AG unwirksam, welche Beginn der Verjährung hinauszögern:

„Die Verjährung der Mängelansprüche beginnt erst mit mangelfreier Abnahme.“

II. Wann ist die Abnahme vorzunehmen?

- Grundsatz: 1. Leistung muss fertiggestellt sein **und**
2. Leistung muss „im wesentlichen mangelfrei“ sein.



wenn Voraussetzungen gegeben, hat AN Anspruch!
auf Abnahme!



einklagbar, aber unpraktisch, weil Abnahmeverlangen
zusammen mit Werklohn eingeklagt werden kann

Weil Anspruch auf Abnahme besteht, wenn fertiggestellt und im wesentlichen mangelfrei, folgende AGB des AG unwirksam:

- „Die Leistungen des AN bedürfen einer Abnahme durch den Erwerber der Eigentumswohnung (der nicht der AG ist-Anm. des Autors).“
- „Muss der AG das Werk einem Dritten übergeben, kann er die Abnahme zurückstellen bis zur Abnahme durch den Dritten.“
- „Die vertragsgemäß fertiggestellte Leistung des Nachunternehmers gilt als abgenommen, wenn diese im Rahmen des Gesamtbauwerks durch den Auftraggeber des Hauptunternehmers abgenommen ist.“
- „Die Abnahme erfolgt erst mit Fertigstellung des gesamten inneren Ausbaus (der nicht Leistung des AN ist-Anm. des Autors)“
- „Die Abnahme erfolgt nur dann, wenn diese durch die vorgesetzte Dienststelle erklärt wird.“
- „Die Abnahme erfolgt nicht vor der öffentlichen Ingebrauchnahme.“
- „Die Abnahme erfolgt erst nach der Abnahme durch die öffentliche Behörde...“

Merke: Immer, wenn Abnahme von der Abnahme durch einen Dritten abhängig gemacht wird, spricht viel dafür, dass AGB unwirksam (Ausnahme Folie 18).

Problem: General möchte in Vertrag (AGB) Regelung, die Abnahme hinausschiebt, bis Bauherr abnimmt

Grundsatz: kein Hinausschieben der Abnahme durch Abhängigkeit der Abnahme durch Dritte (siehe Folie 17),
aber

Interesse des Generals an Parallelschaltung des Abnahmezeitpunktes im GU-Vertrag einerseits und im Sub-Vertrag andererseits grundsätzlich legitim, wenn:

- a) GU kann die Mangelfreiheit der Leistung des Sub erst im Zusammenhang mit Leistungen anderer Subs beurteilen, z.B. ein Sub verlegt Heizungsrohre und hängt HK an, anderer installiert Heizungsanlage und Lüftung, Abdrücken und Probelauf nur gemeinsam sinnvoll
- b) Interesse an Gleichschaltung der Gewährleistungsfristen

Lösung: Abnahme darf für Sub nicht ungewiss sein, darf also nicht vollständig von Abnahme der Leistung des GU durch Bauherr abhängen, daher Hinausschieben in diesen Fällen um 4 bis 6 Wochen vertraglich in AGB zulässig

1. Wann ist Leistung fertiggestellt?

Voraussetzungen:

- die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit muss gegeben sein:
Problem: Bauwerk ist nutzbar, aber bestimmungsgemäß?
z. B. Wohnhaus ist benutzbar, aber Außenputz fehlt
- Lösung: Es dürfen nur „unwesentliche Restleistungen“ ausstehen.
- unwesentliche Restleistungen:
 - fehlender Sockelputz und Eingangspodest mit Trittstufe bei Wohnhaus, nein
 - fehlende technische Dokumentation bei technischer Anlage, die zum sachgerechten Betrieb notwendig ist (Bedienungsanleitung), nein
 - bei schlüsselfertigem Haus, wenn es nicht uneingeschränkt bezugsfertig und dauerhaft benutzungsfähig ist, nein
 - fehlende Revisionsunterlagen, Bestandspläne, behördliche Bescheinigungen, ja (Ausnahme: Brandschutzkonformitätserklärungen)
- Folge: AGB des AG unwirksam: “Voraussetzung der Abnahme ist die Herausgabe sämtlicher hierfür erforderlicher Unterlagen wie z.B. Revisions- und Bestandspläne, behördliche Bescheinigungen usw...”
- Umgekehrt: Leistung ist nicht fertiggestellt, wenn LV abgearbeitet, aber bestimmungsgemäße Nutzbarkeit nicht gegeben! —> Problematik fehlerhaftes Leistungsverzeichnis (Folien 57 und 58)

Problem: Leistung kann nicht fertig gestellt werden, weil

- Kündigung erfolgte: Anspruch auf Abnahme besteht unabhängig davon, wer gekündigt hat, Abnahmeverweigerung wegen Mängeln bleibt möglich, keine fiktive Abnahme
- AG keine Nachbesserung will, sondern Schadenersatz- und/ oder Minderungsansprüche geltend macht:
 - keine Abnahme nötig, weil AG zu erkennen gibt, dass Erfüllung nicht mehr gewollt (unabhängig davon, ob berechtigt oder nicht)
- AG eine Ersatzvornahme durchgeführt hat: keine Abnahme nötig, auch gar nicht mehr möglich
- AG hat Grundstück verkauft und damit Fertigstellung vereitelt
- anders: bloßes Baustellenverbot \longrightarrow nur Annahmeverzug, Ansprüche AG aus Bauzeitverzögerung, Gefahrtragung entfällt, ggf. Kündigung § 643 BGB; § 9 VOB/B (nach Fristsetzung und Kündigungsandrohung), bei grober Beleidigung u.ä. Kündigung aus wichtigem Grund

2. Wann ist Leistung „im wesentlichen“ mangelfrei?

Bundesgerichtshof (BGH):

Abnahmereife liegt dann vor, wenn vorhandene Restmängel an Bedeutung soweit zurücktreten, dass es dem AG zumutbar ist, eine zügige Vertragsabwicklung nicht aufzuhalten.

Das heißt: Abwägung zwischen den Interessen AG (vollständige mangelfreie Fertigstellung) und AN (Zahlung Werklohn)



Ist Interesse des AG an Mangelbeseitigung noch vor Abnahme schützenswert?

Kriterien:

- Funktionstauglichkeit gegeben?
- kein Gefahrenpotential (auch, wenn nur geringe Mangelbeseitigungskosten)
- keine hohen Mangelbeseitigungskosten (maximal!!! 10% des Auftrages)
- Vielzahl kleiner Mängel hindert Abnahmefähigkeit
- Zumutbarkeit , z.B. optische Mängel bei Werkhalle (anders Wohnhaus)

Beispiele:

- Risse in Industrieböden je nach Verwendungszweck, wesentlich oder nicht
- Küchenböden hat Gefälle, wesentlich
- andere Holzart verarbeitet als vereinbart, wesentlich
- Risse in Attika mit Auswirkung auf Standsicherheit, wesentlich
- Höhe des Estrichs anders als beauftragt, wesentlich
- Unterschreitung der vereinbarten Mindestwerte bei der Schalldämmung um 3 dB, wesentlich
- Wohnhaus Preis 145000,-EUR, Mängel 16000,-EUR wesentlich
- zahlreiche kleinere Mängel, Mangelbeseitigungskosten mehr als 10%, wesentlich
- Mangelbeseitigungskosten 0,5% des Auftragsvolumens, unwesentlich
- teilweise offene Fugenstellen in Fassade, unwesentlich
- kleine Unebenheiten in Treppenpodest oder Teppichböden, unwesentlich
- Schönheitsfehler bei Steinmetzarbeiten an Türschwellen, unwesentlich

Weil Anspruch auf Abnahme besteht, wenn im wesentlichen mangelfrei, folgende AGB des AG unwirksam:

- „Voraussetzung für die Schlusszahlung ist eine mangelfreie Abnahme bzw., dass die bei der Abnahme festgestellten Mängel beseitigt worden sind.“
- alle Klauseln, welche die Abnahme von der Mangelfreiheitsbescheinigung eines Dritten abhängig machen, z.B. Erwerber Eigentumswohnung bei Bauträgerverträgen, Behörden
- alle Klauseln, welche die Abnahme von der Vorlage eines ordnungsgemäßen Bautagebuchs, Bestandsplänen, Revisionsplänen abhängig machen

3. AG nimmt nicht ab und verweist auf Mängel

berechtigte Abnahmeverweigerung
(wesentliche Mängel)



keine Abnahmewirkung,
auch nicht fiktiv nach § 12 VOB/B



AN sollte Mangelbeseitigung anbieten



AG verweigert Mangelbeseitigung z.B.
wegen angeblichem Vertrauensverlust



Klage auf Vergütung Zug um Zug gegen
Mangelbeseitigung + Feststellung
Annahmeverzug

unberechtigte Abnahmeverweigerung
(unwesentliche Mängel)



Abnahmewirkung tritt nach neuem
Bauvertragsrecht nicht ein!



Zustandsfeststellung durchführen,
siehe nächste Folie

Zustandsfeststellung bei Abnahmeverweigerung, § 650g BGB:

AG verweigert Abnahme unter Verweis auf (einer reicht!) Mangel



Parteien vereinbaren Termin oder AN setzt Termin in angemessener Frist fest

gemeinsame Zustandsfeststellung
findet statt

Datum **soll** angegeben werden

Unterschrift beider Parteien **muss** da sein



Wirkung: Offenkundige (also nicht verdeckte) Mängel werden bis zum Beweis des Gegenteils durch AG als zum Zeitpunkt der Zustandsfeststellung nicht existent behandelt.

Ausnahme: Mangel kann von seiner Art nicht von AG stammen.

gemeinsame Zustandsfeststellung findet nicht statt,
unverzügliche Entschuldigung für Fehlen des AG
möglich

einseitige Vornahme der Zustandsfeststellung
durch AN,

Datum **und** Unterschrift **müssen** da sein! ,

AG **muss** eine Abschrift erhalten (Einschreiben!)



4. Wann benötigt AN keine Abnahme mehr?

- Fälle Leistung kann nicht nicht vollendet werden, siehe Folie 20
- AG gibt bezüglich Restzahlung Schuldanerkenntnis ab, z.B. Bitte um Ratenzahlung, Stundung, Zahlung unter Einbehalt Gewährleistungssicherheit
- Durchgriffsfälligkeit gem. § 641 Abs. 2 BGB:



Folge: Vergütung Sub wird fällig ohne Abnahme

Was ist, wenn Sub nicht bekannt, ob Abnahme/Zahlung durch Bauherr?



Sub setzt General Frist zur Auskunft, wenn ungenutzt verstrichen, gleiche Wirkung wie oben, § 641 Abs. 2 Ziff. 3 BGB.

weiter Durchgriffsfälligkeit:

Merke: Durchgriffsfälligkeit führt nur zur Fälligkeit des Werklohnes trotz fehlender Abnahme,
Durchgriffsfälligkeit ersetzt aber nicht die Abnahme



Beweislast für Mängel bleibt weiter bei AN!!!



deshalb immer auch Frist zur Abnahme setzen,
Abnahmefiktion, § 640 Abs. 2 BGB (Folie 30)

5. Können auch Teile des Bauwerkes abgenommen werden?

BGB-Vertrag



kann vereinbart werden

VOB/B-Vertrag

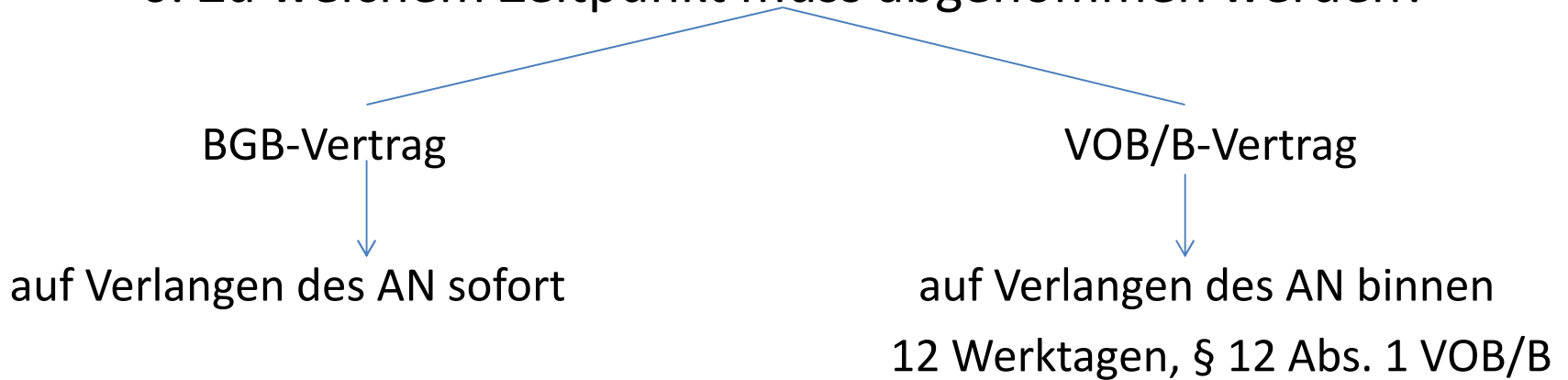


kann vereinbart werden,
auch ohne Vereinbarung, aber
nur für “in sich abgeschlossene
Teile der Leistungen“
d.h. für sich funktionsfähig,
§ 12 Abs. 2 VOB/B

Empfehlung:

- Vereinbarung besser, auch bei VOB/B-Vertrag, weil „in sich abgeschlossene Leistungen,, in Rechtsprechung nur selten anerkannt werden.
- Was ist bei Leistungen, die verdeckt werden? Keine Teilabnahme, aber gemeinsames Aufmaß verlangen, hierauf besteht Anspruch!

6. Zu welchem Zeitpunkt muss abgenommen werden?



Beachte: Fristverlängerungen in AGB nur beschränkt zulässig,
Fristverlängerung von 12 auf 24 Werktagen in AGB zulässig

Problem: AG verweigert zwar nicht die Abnahme, erscheint aber nicht zum Termin

Lösung:

Neu!

immer schriftliches Abnahmeverlangen **mit Frist** (Zugangsnachweis!), § 640 Abs. 2 BGB n.F.

+

kein Erscheinen zum Abnahmetermin (Zeugen!)



Fiktive Abnahme!

Siehe auch Folie 41 ↘

Beachte!

Bei Verbraucher Belehrung in Textform (email oder Formular) notwendig über die Folgen des Nichterscheinens (Zugangsnachweis!):

Formulierungsvorschlag:

„Sehr geehrte/r Frau/Herr, ich habe meine Leistung erbracht. Ich fordere Sie hiermit auf, bis zum abzunehmen. Wenn Sie bis zum obigen Zeitpunkt die Abnahme nicht erklärt oder unter Angabe wenigstens eines Mangels verweigert haben, gilt das Werk als abgenommen.“

III. Wie wird Abnahme durchgeführt?

Grundsatz: Die Abnahme ist die Erklärung des AG, das Werk ist vertragsgemäß, also vollendet und im wesentlichen mangelfrei.

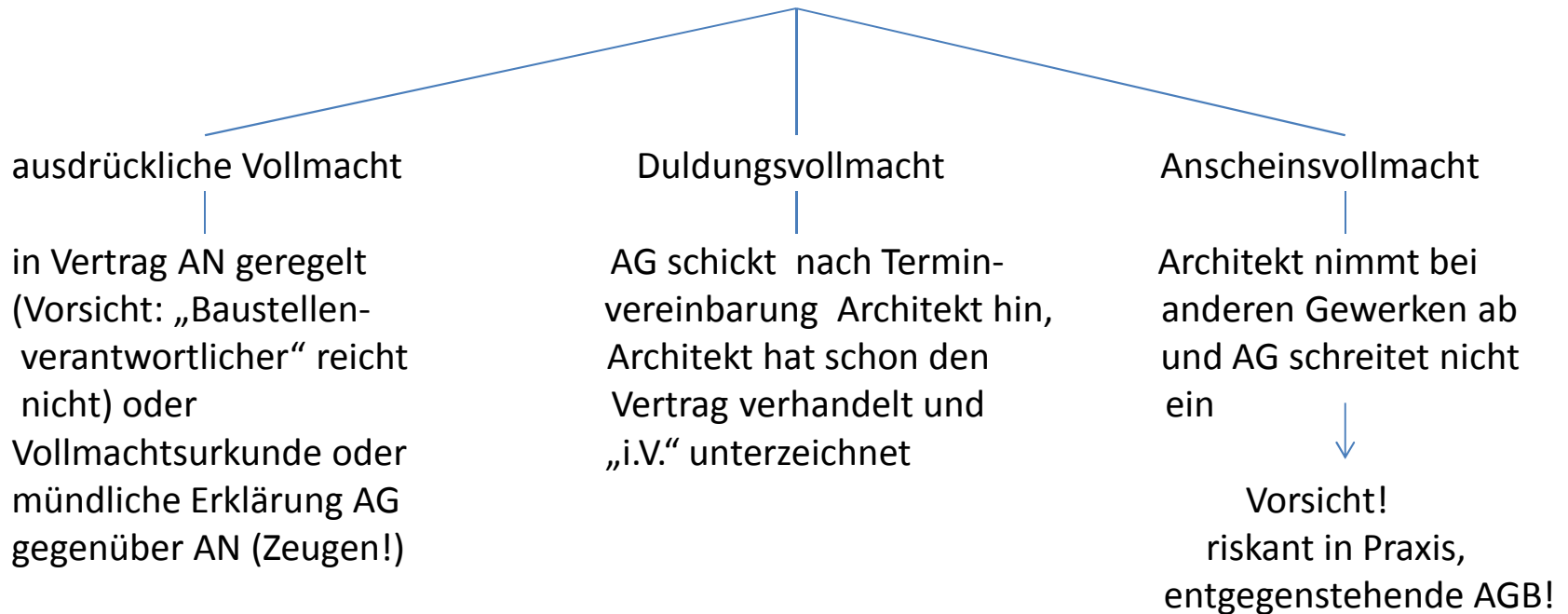
- Probleme:
1. Wer darf diese Erklärung abgeben?
 2. Wie wird diese Erklärung abgegeben?
 3. Was gilt als eine solche Erklärung?
 4. Wer trägt die Kosten der Abnahme?

1. Wer darf die Abnahme erklären?

- AG natürlich
- Architekt, Bauüberwacher, Projektsteuerer, Bauleiter?

Nein! Keine Vollmacht kraft seiner Funktion,

aber Bevollmächtigung durch AG möglich



- Kunde des AG? : z.B. Käufer der Eigentumswohnung (Bauträger)
Mieter des AG (Wohnungsbaugesellschaften)
Nein
- Wohnungseigentümergeinschaften (WEG):
Gemeinschaftseigentum: Problem für GU oder Bauträger:
Verwalter ? nicht kraft seiner Funktion!
Vollmacht wie Architekt, Folie 31,
immer (alle) Erwerber der Wohnung!
Problem Nachzügler, keine Vertretung für zukünftige
Erwerber durch Sachverständige, Verwalter oder
Bauträger selbst, auch dann nicht, wenn in Teilungs-
erklärung so geregelt

Sondereigentum (Eigentumswohnung innen):

AG kann nur der Wohnungseigentümer sein,
unproblematisch

AGB des AN unwirksam:

„Bei Nichterscheinen des AG zur Abnahme wird diese fingiert.“

2. Wie wird Abnahmeerklärung abgegeben?

Vorab: Was sind keine Abnahmeerklärungen?:

- Technische Abnahme, § 4 Abs. 10 VOB/B, weil nur Feststellung des Zustandes von Teilen, welche später verdeckt werden
- Vorabnahme durch Architekt („Probeabnahme“, manchmal auch „Technische Abnahme“ genannt), weil keine Erklärung des AG, dass vertragsgemäß, nur Probelauf
- behördliche Abnahmen (z.B. Brandschutz), weil nur Überprüfung auf Einhaltung Sicherheitsstandards durch Behörde, nicht auf Einhaltung Bauvertrag durch AG
- Erstellung gemeinsames Aufmaß, da nur Feststellung der Leistung, keine Prüfung Qualität
- Prüfvermerk Architekt unter Schlussrechnung (fehlende Vollmacht)

2.1. ausdrücklich erklärte Abnahme:

- keine besondere Form, mündlich, schriftlich, per mail, das Wort „Abnahme“ muss nicht fallen, deshalb AGB des AG unwirksam: „Die Abnahme kann nur schriftlich durch den AG erfolgen.“
- Vielzahl von Abnahmebegehungen bei Großbauvorhaben: einzelne Abnahmebescheinigungen reichen als Nachweis für Gesamtabnahme aus
- Besonderheit Anlagenbau: Betriebstauglichkeit kann häufig nicht bei Abnahme festgestellt werden, weil längerer Betrieb nötig

Empfehlung: dreiteilige Abnahme

1. Montageendbegehung
2. Inbetriebnahme
3. Probetrieb (Dauer vereinbaren!)

- Beispiele für Abnahmeerklärungen:
 - AG ist mit der Leistung „einverstanden“.
 - Leistung ist „in Ordnung“.
 - AG ist „zufrieden“.
 - AG erklärt, er könne „mit der Nutzung beginnen“ oder „jetzt einziehen“.

2.2. förmliche Abnahme:

- gemeinsame Überprüfung vor Ort + Erstellung Protokoll (Unterschrift?)
- Vorteil: Klarheit
- Nachteil: wenn vertraglich vereinbart (auch in AGB möglich), keine schlüssige (Folie 39) und keine fiktive Abnahme (Folie 43)
- in BGB-Vertrag Vereinbarung nötig
- bei VOB/B-Vertrag auch durch einseitiges Verlangen, § 12 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B
- Problem: AG verzögert förmliche Abnahme



Fristsetzung zur Abnahme gem. § 640 Abs. 2 BGB möglich
(siehe Folie 30)

Problem: Parteien haben förmliche Abnahme vergessen. AG wendet in späterem Rechtsstreit deren Fehlen ein.

Rechtsprechung nimmt Verzicht auf förmliche Abnahme an, wenn

- AG fordert zur Erstellung Schlussrechnung auf, AN erstellt diese
- AN übersendet Schlussrechnung, AG fordert über mehrere Monate keine förmliche Abnahme, auch nicht bei Bezahlung
- AG nimmt Werk in Benutzung und fordert über längeren Zeitraum (3 Monate) keine förmliche Abnahme
- AG bezahlt Schlussrechnung und fordert Gewährleistungsbürgschaft an

2.3. schlüssige Abnahme:

- AG bringt zwar nicht ausdrücklich, aber durch sein Verhalten zum Ausdruck, dass er von der Erfüllung des Vertrages ausgeht
- Beispiele:
 - vorbehaltlose Zahlung des Werklohnes
 - bei Vertrag mit Bauträger Übernahme der Eigentumswohnung durch Erwerber vom Bauträger
 - rügelose Benutzung des Werkes für weitere Arbeiten ohne Zwänge
 - Auszahlung Sicherheitseinbehalt, Rückgabe Vertragserfüllungsbürgschaft
 - Veräußerung des fertigen Bauwerks
 - Unterzeichnung einer Ausführungsbestätigung durch AG, nicht aber bloßer Bestätigungsvermerk AG auf Schlussrechnung des AN über Stundenlohnarbeiten (wird nur Anfall der Stunden bestätigt)
 - Einwilligung in Abbau des Gerüsts
 - Einbehalt eines Betrages für gerügte Mängel nach einem Schlussgespräch über die Restforderung des AN

- Problem: Zeitpunkt der Abnahme bei Benutzung, Bezug (Prüfungsfrist)
Prüfungsfrist z.B. 3 Monate bei Eigenheim,
aber keine Abnahme selbst bei mehrjährigem Bewohnen, wenn
Haus nicht fertiggestellt! Grund: Es kann nicht von einer
Billigung ausgegangen werden
- Problem: Abnahme durch Benutzung, Bezug auch bei vorheriger Mängel-
rüge? i.d.R. ja, außer, wenn ausdrücklich
Abnahme verweigert (Folien 24 ff.) oder
wesentliche Mängel oder nicht fertiggestellt
- Problem: Abnahme durch Benutzung, wenn unter dem Zwang der
Verhältnisse (Mietvertrag ausgelaufen)
- keine Abnahme bei reinem Schweigen, z.B. AG sieht, dass fertig, aber sagt
nichts dazu, selbst, wenn AN Baustelle räumt

3. Was gilt als eine Abnahmeerklärung?

3.1.: Abnahme durch Fristsetzung, § 640 Abs.2 BGB n.F.: (siehe auch Folie 30)

Voraussetzung: Besteller ist zur Abnahme verpflichtet =
Werk ist fertiggestellt, auf Mängel kommt es im
Gegensatz zu § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. nicht an !



AN setzt angemessene Frist zur Abnahme:

Was ist angemessen?

beachte Möglichkeit zur Prüfung und Erprobung bei Anlagenbau,
wenn unangemessen kurze Frist, läuft automatisch angemessene



nach Fristablauf ohne Mangelrüge! wird Abnahme fingiert, auch bei
wesentlichen Mängeln, anders als vor neuem Bauvertragsrecht!,
durch AGB nicht abdingbar, auch nicht änderbar (z.B. nötige Nachfrist)

Folge:

Es treten alle Abnahmewirkungen ein, aber Mängel müssen sich nicht vorbehalten werden!



Fazit: AG hat zwar noch alle Mängelrechte, aber hat die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln zum Zeitpunkt Fristablauf!

Problem: Wer muss beweisen, dass Fertigstellung zum Zeitpunkt Fristablauf als Voraussetzung für Fristsetzung zur Abnahme vorlag?




Grundsatz: vor Abnahme Unternehmer beweispflichtig für alle Voraussetzungen der Abnahme, also Fertigstellung und keine wesentlichen Mängel



neu: AG ! muss beweisen, dass zum Zeitpunkt Fristablauf nicht fertiggestellt und/oder mangelhaft

3.2.: fiktive Abnahme, § 12 Abs. 5 Nr. 1 + 2 VOB/B:

Begriff: Bei Vorliegen der Voraussetzungen gilt das Werk als abgenommen, unabhängig vom Willen des AG  schlüssige Abnahme (Abnahmewille liegt vor)

Voraussetzungen:

- Vorliegen eines VOB/B-Vertrages
- Abnahmereife: Vollendung + **im wesentlichen mangelfrei** (im Gegensatz zur Aufforderung zur Abnahme mit Frist, siehe Folie 41)
- keine Abnahmeverweigerung oder fortlaufende Mängelrüge
- kein Abnahmeverlangen einer Vertragspartei
- keine vereinbarte förmliche Abnahme, es sei denn Verzicht (Folien 37; 38)
- kein Ausschluss durch AGB

Folge:

- alle Abnahmewirkungen treten ein, insbesondere
- Wegfall der Nachbesserungsrechte wegen nicht vorbehaltenen Mängel
- Wegfall nicht vorbehaltenen Vertragsstrafenansprüche
- AN hat Beweislast, dass Voraussetzungen der fingierten Abnahme vorliegen, aber
- AG hat Beweislast, dass keine Abnahme verlangt worden ist

Fazit:

Bei allen Nachteilen eines VOB/B-Vertrages ist das für den AN eine sehr vorteilhafte Regelung, daher bei Vertragsverhandlungen darauf achten, dass , wenn VOB/B vereinbart ist, § 12 Abs. 5 nicht ausgeschlossen ist (sehr häufig).

Möglichkeiten fiktive Abnahme nach VOB/B

§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B

Mitteilung, dass fertiggestellt
+
Ablauf von 12 Werktagen

Besonderheiten:

Schlussrechnung reicht als Mitteilung
(an AG, nicht an Architekten senden!),
ebenso Mitteilung an AG, dass Baustelle
geräumt,
reine Mängelrügen ohne
Abnahmeverweigerung durch AG hindern
nicht Eintritt der fingierten Abnahme

§ 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

AG nimmt Leistung oder Teil (nur bei
möglicher Teilabnahme) in Benutzung
+
Ablauf von 6 Werktagen

Besonderheiten:

Benutzung ohne äußere Zwänge,
Benutzung einzelner Teile eines
vereinbarten Werkes reicht nicht,
Erprobung einer Anlage reicht nicht,

AGB Regelungen:

- fiktive Abnahme bei bloßem Nichterscheinen des AG zum Abnahmetermin, unwirksam
- Fiktive Abnahme durch bloße Fertigstellungsmitteilung, wenn VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, unwirksam
- Ausschluss der Abnahme durch bloße Ingebrauchnahme, wenn gleichzeitig AG sich vorbehält, (irgendwann) einen Abnahmetermin festzusetzen, unwirksam
- Pflicht zur Abnahme bei Einzug auch bei Vorhandensein von erheblichen Baumängeln, unwirksam

4. Wer trägt die Kosten der Abnahme?

Grundsatz: Der AG trägt die Kosten inklusive beauftragter Sachverständiger.

Ausnahme: Es stellt sich fehlende Abnahmereife heraus (nicht vollendet oder wesentliche Mängel) —————> AG kann Kosten ersetzt verlangen

AGB-Regelungen:

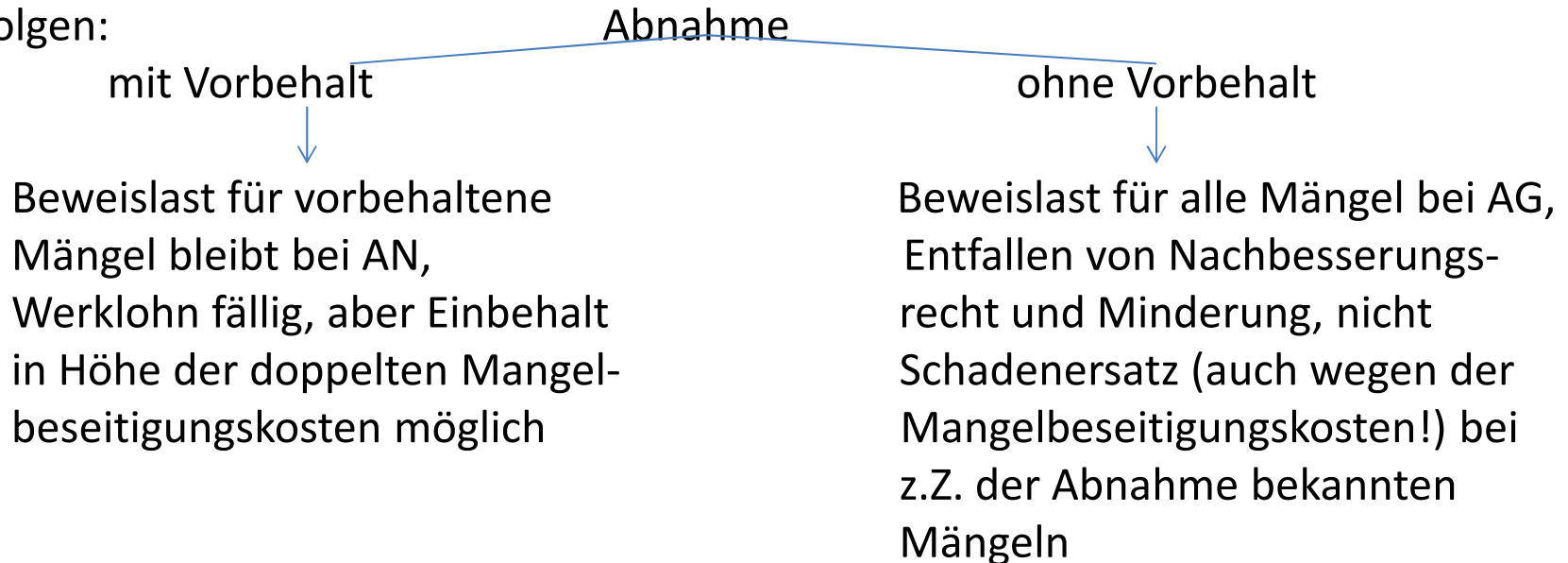
- „Der Auftragnehmer trägt außerdem die Kosten bzw. Gebühren für vorgeschriebene bzw. für vom Auftraggeber gewünschte Leistungsmessungen und/oder Abnahmen, die durch den TÜV, den VDS oder ähnliche Institutionen durchgeführt werden.“, unwirksam
- „Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer notwendige bzw. vom Auftraggeber erforderlich erachtete Prüfungen/Abnahmen bei unabhängigen Prüfinstituten zu veranlassen...Der Auftraggeber hat keinen Anspruch auf eine besondere Vergütung/Kostenerstattung.“, unwirksam

IV. Vorbehalte bei Abnahme

1. Vorbehalt wegen Mängeln:

Grundsatz: Verweigerung der Abnahme wegen Mängeln ~~=~~ Abnahme
Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln = Abnahme mit allen
Abnahmewirkungen

Folgen:



Erklärung des Vorbehaltes grundsätzlich bei der Abnahme

ausdrückliche Abnahme

förmliche Abnahme

nicht davor und nicht
danach, tatsächlich
während dem Abnahme-
vorgang,
bei förmlicher Abnahme bis
spätestens Unterschrift
Protokoll,

schlüssige Abnahme

innerhalb Prüfungsfrist

fiktive Abnahme

innerhalb von 12
bzw. 6 Werktagen

kein Vorbehalt nötig, wenn
z.Z. der Abnahme schon
Rechtsstreit wegen Mängeln

2. Vorbehalt der Vertragsstrafe:

- Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei Vorbehalt wegen Mängeln.
- Aber: in AGB Vereinbarung zulässig, dass Vorbehalt auch noch bei Schlusszahlung erklärt werden kann
- Aufrechnung vor Abnahme reicht nicht wegen Vorbehalt bei Abnahme
- Architekt ist nicht bevollmächtigt, Vorbehalt zu erklären, es sei denn, er ist zur Abnahme bevollmächtigt

Mängelansprüche

I. Alles über Sachmängel

1. Was sind Sachmängel?:

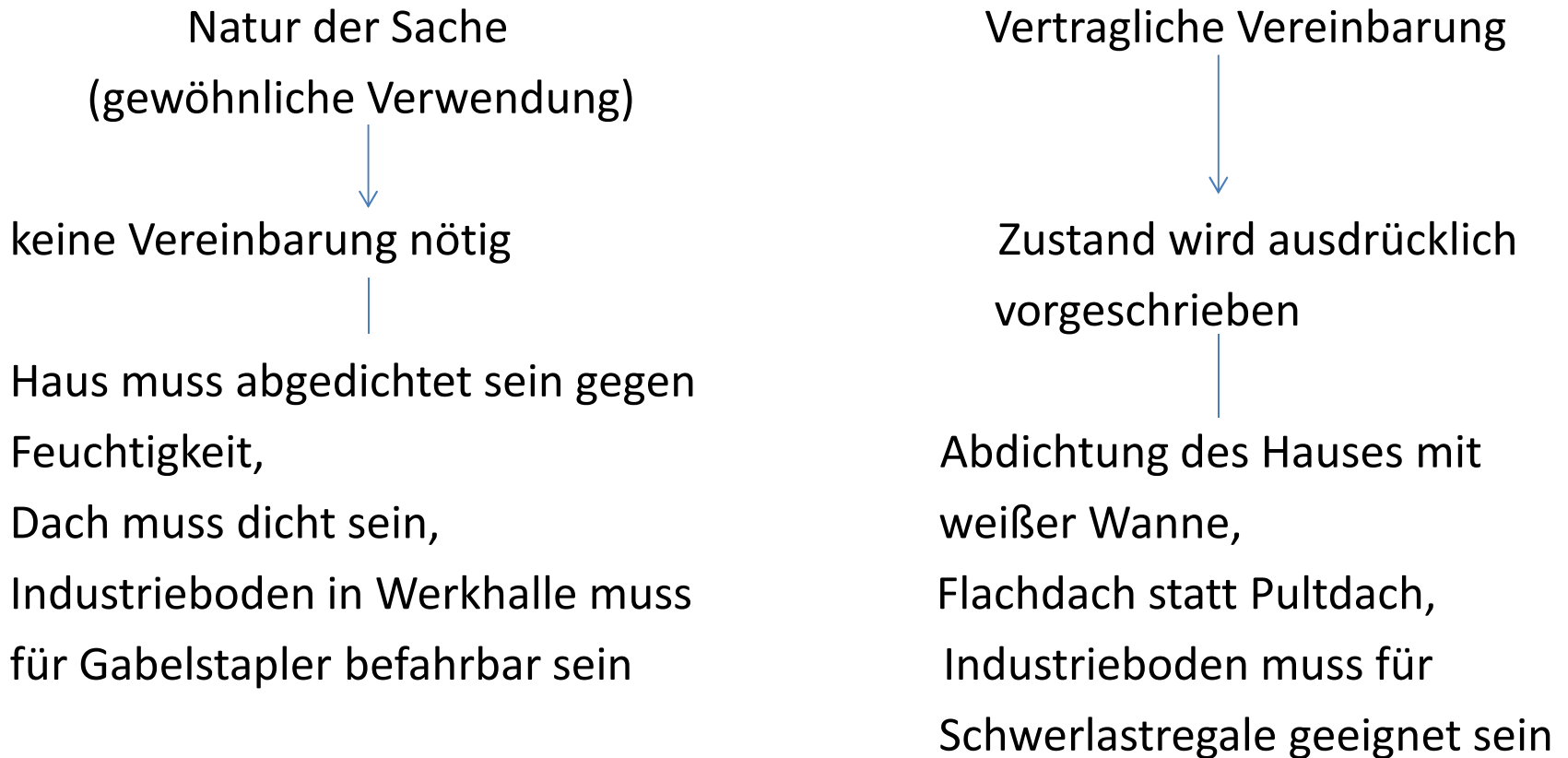
Grundsatz: Sachmängel liegen vor, wenn das Bau-Ist das Bau-Soll nicht erreicht.

Frage: Was ist das Bau-Soll?

Ungeachtet aller Vereinbarungen hat das Bau-Soll zum Inhalt ein

- a) dem Zweck des Vertrages entsprechendes,
- b) funktionstaugliches Werk.

a) Woraus ergibt sich der Vertragszweck?



Merke:

- Jede Abweichung von **vertraglicher Vereinbarung** ist ein Mangel, auch dann, wenn der Mangel die Gebrauchstauglichkeit nicht beeinträchtigt, sogar dann, wenn Leistung qualitativ höherwertiger ist (höhere Gründung des Hauses im Hochwassergefährdungsgebiet)!

Abhilfe für AN bei gleichwertigen/höherwertigen Leistungen ist nur möglich durch geschickte Handhabung der

Mängelrechte: AG verlangt Mangelbeseitigungskosten



Einwand der unverhältnismäßigen Kosten möglich?

oder

AG verlangt Minderung/Schadenersatz



Minderung/Schaden überhaupt eingetreten?

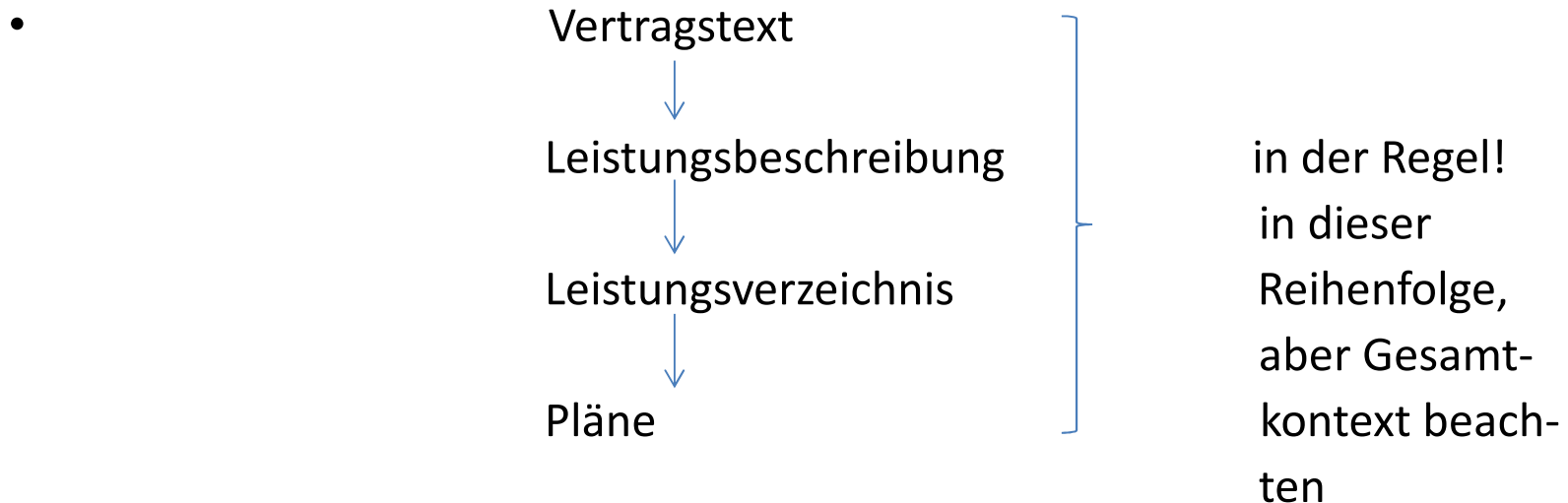
b) Ist das Werk funktionstauglich?

Merke:

- Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn alle vertraglichen Vorgaben eingehalten (LV abgearbeitet), aber das Werk nicht funktionstauglich ist. hierzu grundsätzlich die sog. Hallendachentscheidung des BGH
- Ein Mangel liegt aber auch dann vor, wenn alle vertraglichen Vorgaben und alle allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden, aber das Werk nicht funktionstauglich ist.
z.B. uneingeschränkte Bruchsicherheit einer Glasfassade vereinbart, aber es stellt sich heraus, dass technisch nicht zu verwirklichen

2. Woraus ergeben sich die Vorgaben des Bau-Solls bei vertraglicher Vereinbarung?

- Leistungen nach Probe i.S. eines Musters , § 13 Abs. 2 VOB/B



- Werbeaussagen, Expose, Prospekt: i. d. R. nein (anders im Kaufrecht außer bei Grundstücken), es sei denn, der AN sieht, dass AG den Vertrag abschließt unter Zugrundelegung der Angaben im Prospekt (in dem Fall sogar dann, wenn im Vertrag vereinbart ist, dass ausschließlich LV gilt, z.B. unterschiedliche Wohnflächen Prospekt und LV)

Problem:

Leistungsbeschreibung ist

unvollständig

Leistung ist vollständig beschrieben,
aber es fehlt eine notwendige
Leistung,
z.B. eine Abdichtungsfolie

Leistung wird erbracht ohne
Abdichtungsfolie

Mangel, obwohl die Leistung
buchstabengetreu ausgeführt ist

fehlerhaft

Leistung wird falsch
ausgeschrieben,
z.B. normale Abdichtung statt
weißer Wanne bei drückendem
Wasser

Leistung wird erbracht

Mangel, obwohl die
Leistung buchstabengetreu
ausgeführt ist

Problem:

Leistungsbeschreibung ist

unklar

widersprüchlich

mehrere Ausführungsmöglichkeiten kommen in Betracht,
z.B. Abweichung zwischen LV
und Plänen

es sind mehrere sich
widersprechende Ausführungsmöglichkeiten angegeben,
z.B. häufig Abweichung zwischen
Plänen

AN entscheidet sich für eine
der ausgeschriebenen Ausführungsmöglichkeiten,
welche zu einem Mangel führt → Mangel

Merke: Bei allen Varianten der unkorrekten Leistungsbeschreibung hilft nur
eine Bedenkenanzeige, § 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/B!

3. Das Bau-Soll und die allgemein anerkannten Regeln der Technik:

Begriff: Gesamtheit der Regeln, welche erprobt und bewährt sind



Stand der Technik = das technisch Machbare

Merke: a.a.R.d.T. sind mehr als nur die DIN-Normen u.a. schriftliche Regeln der Baukunst,
müssen nicht schriftlich niedergelegt sein, z.B. bloße Erfahrungswerte, wenn diese allgemein anerkannt sind,
DIN-Normen u.a. enthalten aber a.a.R.d.T., deshalb



Merke: Es besteht die Vermutung, dass DIN-Normen die a.a.R.d.T. wiedergeben.

Bedeutung für die Praxis:

Wenn AN DIN-Normen einhält, muss AG beweisen, dass dennoch die a.a.R.d.T. verletzt wurden und dies einen Mangel darstellt.

Umgekehrt: Wenn DIN-Normen verletzt wurden, muss AN beweisen, dass dennoch kein Mangel vorliegt, z.B. bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung der Ausführungsmethode und entsprechender Bedenkenanzeige!



Beispiel: Erwerber einer Eigentumswohnung wünscht einen Schallschutz nach einer veralteten DIN, Ausführung nach der veralteten DIN ist nämlich erheblich preiswerter

Problem: DIN-Normen u.a. schriftliche Regeln der Baukunst werden nur von Zeit zu Zeit fortgeschrieben, aber a.a.R.d.T. verändern sich gleichsam „lautlos“.

AN muss immer nach der a.a.R.d.T. neuester Stand bauen.

Umgekehrt: AN möchte neue, noch nicht dem Stand der a.a.R.d.T. entsprechende Ausführungsmethode, Material einbringen.

AN muss AG darüber aufklären, dass neu und nicht a.a.R.d.T..
Natürlich darf dann auch kein Mangel entstehen.

Wenn keine Aufklärung, ist allein die Abweichung von a.a.R.d.T. ein Mangel! Grund: Ungewissheit über Risiko des Gebrauchs

Problem: Welcher Zeitpunkt wird bei der Prüfung zugrunde gelegt, ob a.a.R.d.T. eingehalten sind? —————> Abnahme
In welchem Zeitraum dürfen keine Mängel auftreten?
—————>Gewährleistungsfrist

Was passiert, wenn in Gewährleistungsfrist Mangel auftritt, obwohl a.a.R.d.T. z.Z. Abnahme eingehalten worden sind?

Beispiel: Metallpaarung Messing/Kupfer bei Heizkörpern ist korrosionsanfällig, diese Anwendung war aber weit verbreitet und Korrosionsanfälligkeit wurde erst nach Abnahme bekannt.

BGH: Mangel, da Werk nicht funktioniert → Nachbesserung,
→ Minderung,
kein Schadenersatz, da kein Verschulden

aber: anders, wenn kein Mangel entstanden ist und sich nach Abnahme nur die DIN-Normen ändern → kein Mangel

4. Probleme um das Bau-Ist:

- Mangel und Verschleiß:
 - bei üblicher Haltbarkeit ist Verschleiß kein Mangel, aber
 - AN hat Funktionsdauer Verschleißteil nicht auf Funktionsdauer Gesamtanlage abgestimmt → Mangel, wenn verschleißärmeres Teil verfügbar
- Falschlieferung/Zuweniglieferung:
 - z.B. Kunststoffputz statt Mineralputz → Mangel, auch, wenn gleichwertig
 - z.B. 1 Regenwasseranschluß weniger → Mangel, auch, wenn gar nicht als vereinbart nötig

5. Mangelhaftungsausschluss:

Vereinbarung/Bedenkenanzeige

Mitteilung über konkreten Fehler z.B. fehlende Abdichtfolie

+


Belehrung über die Folgen, z.B. eintretende Feuchtigkeit!!!

Bedenkenanzeige: möglichst schriftlich (§ 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich),
Adressat kann Architekt/Bauüberwacher sein, aber nicht,
wenn Architekt/Bauüberwacher selbst Verursacher sein
können, dann AG

Folge: wenn AG auf Ausführung besteht, Mangelhaftungsausschluss,
keine Ausführung, wenn Gefahr für Leib und Leben

II. Mängelrechte

1. Allgemeines:

- Mangel muss angezeigt werden (Symptomtheorie), und zwar konkret, aber nicht die Ursache
- AN muss Werk nicht auf Mängel untersuchen, darf aber erkannte Mängel nicht verschweigen  Verjährung 10 Jahre, u.U. 30 Jahre bei Gefahr für Leib und Leben (denkbar bei fehlendem Brandschutz)
- AN hat Nachbesserungspflicht, aber auch Nachbesserungsrecht:
Wenn AG ohne Gelegenheit zur Nachbesserung für AN Mängel beseitigt, entfallen sämtliche Mängelrechte.


Wenn AN dies feststellt, stillhalten!

2. Einzelne Mängelrechte:

- Besonderheit VOB/B-Verträge für Mängel vor Abnahme:
 1. Schritt: Mangelrüge mit oder ohne Fristsetzung
 2. Schritt: Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Androhung Auftragsentzug, § 4 Abs. 7 VOB/B
 3. Schritt: schriftliche Auftragsentziehung = Kündigung
§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B

Folge: Danach kann AG Dritten mit Weiterarbeit/Mängelbeseitigung beauftragen und hierfür auf der Baustelle Geräte, Gerüste u.a. auf der Baustelle befindliche Einrichtungen sowie Baustoffe des AN in Anspruch nehmen gegen angemessene Vergütung

Merke: ohne Einhaltung der obigen Schritte keinerlei Ansprüche des AG

- Nachbesserung:

Voraussetzung: Mängelrüge

kein Verschulden nötig

Umfang: bis hin zur Neuherstellung,

AN entscheidet über das Wie,

Grenze: unverhältnismäßige Kosten

- Das Bestehen auf die Mangelbeseitigung muss wegen der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigungskosten zu den Auswirkungen des Mangels einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen (ähnlich Schikane)
- keine Unverhältnismäßigkeit bei spürbarer Funktionsbeeinträchtigung
- i.d.R. keine Unverhältnismäßigkeit bei grober Fahrlässigkeit, erst recht nicht Vorsatz
- allein hohe Kosten reicht nicht

➤ Beispiele unverhältnismäßige Kosten:

- Stütz- und Begrenzungsmauer eines Grundstücks nicht ganz in der Flucht, aber nur unter erheblichem Aufwand bei gezielter Prüfung feststellbar, wenn nur durch Neuherstellung beseitigbar
- teilweise Verwendung von Profilstärken 3mm statt 4mm bei Fertigung eines schmiedeeisernen Grundstückstors ohne jede ästhetische oder Funktionsbeeinträchtigung
- Schönheitsfehler wie optische Beeinträchtigung eines Hallenbodens oder Farbabweichungen bei einer gepflasterten Hofeinfahrt, wenn nur durch völlige Neuherstellung beseitigbar
- anders: feinkörnige Struktur eines Edelkratzputzes eines Wohnhauses geht durch Anstrich verloren, Neuherstellung nicht unverhältnismäßig
- Geräuschentwicklung auf dem Dach einer Lagerhalle bei Kostenaufwand von ca. 30000,-DM bei Kosten für die gesamte Halle von 80000,-DM
- anders: erhebliche Mängel Schallisolierung eines Wohnhauses , Neuherstellung
- vereinbarte Verbesserung der Trittschalldämmung bei der Sanierung eines Dachgeschosses um 8 dB verfehlt, kein unbedeutender Vorteil, Neuherstellung
(30 dB = sehr leise 40 dB = ziemlich leise)
- optische Beeinträchtigung der Marmortreppe eines Treppenhauses durch unterschiedliche Maserung und Färbung der Podeste einerseits und der Stufen andererseits, wenn nur bei genauem Hinsehen erkennbar und der Eindruck entsteht, das sei gewollt

- Selbstvornahme:

Voraussetzung: Mängelrüge mit Fristsetzung,
nicht ausreichend Aufforderung zur Mitteilung, wann mit
Mangelbeseitigung begonnen wird
Frist abgelaufen, AN muss in der Frist fertig sein, nicht erst
anfangen,
kein Verschulden am Mangel nötig

Fristsetzung entbehrlich: immer dann, wenn sie keinen Erfolg verspricht
(insbesondere AN weigert sich endgültig) oder
Vertrauen in Unternehmer ist erschüttert oder
Fristsetzung ist sinnlos, z.B. Gefahr in Verzug

es reicht nicht: bloßes Bestreiten eines Mangels,
Hinweis auf notwendiges selbständiges Beweisverfahren,
erfolgloser Nachbesserungsversuch

Folge, wenn Voraussetzungen gegeben:

AG kann entweder Drittunternehmer beauftragen und dann Kosten bei AN geltend machen

oder

Kostenvorschuss geltend machen und dann abrechnen, bei Bedarf auch nachfassen, auch nach zwischenzeitlichem Eintritt der Verjährung, wenn Kostenvorschussurteil existiert

Beachte: Sowieso-Kosten (Ohnehin-Kosten) = Mehrkosten, die bei mangelfreier Ausführung sowieso angefallen wären.



Diese Kosten sind keine Mangelbeseitigungskosten und müssen daher vom AN am Ende nicht getragen werden (Geltendmachung wie Folie 75) .

- Minderung:

Voraussetzung: Fristsetzung wie Selbstvornahme (Folie 69),
kein Verschulden am Mangel nötig

Höhe: grundsätzlich Kosten der Mangelbeseitigung z.Z. Vertragsschluss
zzgl. verbleibender technischer und merkantiler Minderwert,
beachte auch hier Sowieso-Kosten (Folie 70)



Ausnahme: unverhältnismäßige Kosten der Mängelbeseitigung,
dann sog. Aurnhammersches Zielbaumverfahren

vorteilhaft für AN, weil geringe Minderungsbeträge
ausgewiesen werden

- Rücktritt:

Voraussetzung: nicht möglich bei VOB/B-Verträgen,
Fristsetzung wie Selbstvornahme (Folie 69),
Rücktrittserklärung (nach Fristablauf !),
kein Verschulden am Mangel nötig

Folge: Rückabwicklung des ganzen Vertrages = Rückgabe Bauwerk
= Rückzahlung Werklohn +
Nutzungsentschädigung

Ausnahme: Rückgabe Bauwerk nicht möglich, z.B. Anbau → Wertersatz

kein Wertersatz, wenn Mangel sich erst bei Weiterverarbeitung zeigt
(Zimmerer zersägt geliefertes Holz),
wenn zufälliger Untergang/ Beschädigung (Brand),
wenn Untergang/Beschädigung durch Mangel

Ausnahmen vom Rücktrittsrecht:

- wenn nur Teilleistung mangelhaft und dies nicht das Interesse am ganzen Vertrag in Wegfall bringt, keine Möglichkeit des Rücktritts vom gesamten Vertrag, sondern nur von dem Vertragsteil mit den mangelhaften Teilleistungen
- unerhebliche Pflichtverletzung (kein wesentlicher Mangel)
- überwiegendes Mitverschulden des Bestellers (nicht erkennbar mangelhafte Pläne, fehlendes Bodengutachten trotz Bedenkenanzeige)

Bedeutung des Rücktrittsrechts ist in der Praxis gering, weil

- a) Rechtsstreit mit hohem Streitwert droht (AG möchte gezahlten Werklohn zurück, AN möchte restlichen Werklohn abzgl. ersparte Aufwendungen haben = Streitwert in Höhe des gesamten vereinbarten Werklohnes),
- b) sämtliche Sicherheiten auf Vertragserfüllung auf beiden Seiten entfallen.

- Schadenersatz:

Voraussetzungen: Fristsetzung wie Selbstvornahme (Folie 69)
Verschulden am Mangel nötig!

Umfang:

- alle Mangelbeseitigungskosten, aber nur, wenn tatsächlich Mangel beseitigt, keine fiktiven Mangelbeseitigungskosten,
- wenn Mangel belassen wird, nur Minderung
- alle darüber hinausgehenden Schäden am Bauwerk (Feuchtigkeitsschäden)
- Mangelfolgeschäden (Mietausfälle)
- Zinsen für Zwischenkredite bei Verzögerungen durch Mängel
- Unterbringungskosten von Mietern
- Kosten zusätzlicher Baugenehmigungen
- Beachte auch hier Sowieso-Kosten (Folie 70)

III. Mitverursachung

Mitverursachung bei Mangelentstehung z.B. durch

- Anweisungen des AG; Architekten
- fehlerhafte Pläne
- unzureichende Koordinierung der Baustelle

1. Wie macht man eine Mitverursachung geltend?
(so auch bei Sowieso-Kosten verfahren)

Außergerichtlich verlangt AN eine Sicherheitsleistung in angemessener Höhe.

Auf Anforderung AG ist die Höhe mit einem Gutachten zu belegen.

Auf keinen Fall Zuschuss verlangen und nicht Gutachten verweigern, weil dies als unberechtigte Nachbesserungsverweigerung gilt!

Zuschuss nur verlangen, wenn Angelegenheit bereits vor Gericht.

2. Besonderheit Mitverursachung Vor- und Nachunternehmer:

Ausgangsfall: Vor- und Nachunternehmer haben zusammen einen Mangel verursacht. Kann NAN dem AG Mitverursachung entgegenhalten?

Lösung: Keine Haftung des AG für Vorunternehmer, AN kann nur Vorunternehmer selbst in Anspruch nehmen, in der Praxis haften Vor- und Nachunternehmer gegenüber AG gesamtschuldnerisch, im Innenverhältnis nach Quoten.

Das gilt auch dann, wenn Mangel nur auf Leistung Vorunternehmer beruht und Leistung Nachunternehmer darauf aufbaut (Bauarbeiten auf erkennbar nicht genug verdichtetem Untergrund), wenn keine Bedenkenanzeige

IV. Verjährung

1. Dauer und Beginn des Laufs der Verjährungsfristen:

Dauer:

5 Jahre BGB-Vertrag, 4 Jahre VOB/B-Vertrag ab Abnahme,
2 Jahre für Anlagenbau, wenn keine Wartung bei VOB/B-Verträgen

Beginn des Laufs: mit Abnahme oder Abnahmeersatz

Besonderheit bei VOB/B-Verträgen bei gerügten Mängeln:

schriftliche! Rüge Mangel → Verjährungsfrist für Beseitigung 2 Jahre beginnt neu zu laufen, auch, wenn 4 Jahre dadurch überschritten werden

Mangel wird abgearbeitet → Verjährungsfrist 2 Jahre beginnt ab Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten neu zu laufen, auch, wenn 4 Jahre dadurch überschritten werden

2. Wie kann Verjährung hinausgeschoben werden?

Hemmung
(Verjährung läuft nicht weiter)

durch Verhandlungen
läuft erst weiter, wenn Verhandlungen
gescheitert sind oder einschlafen

Neubeginn (Unterbrechung)
(Verjährung beginnt von vorn)

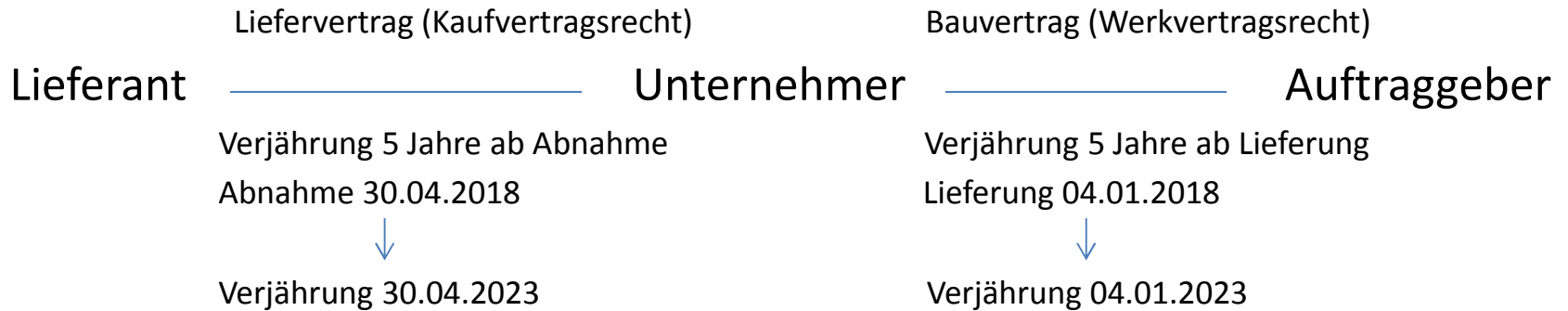
durch Anerkenntnis

Merke:

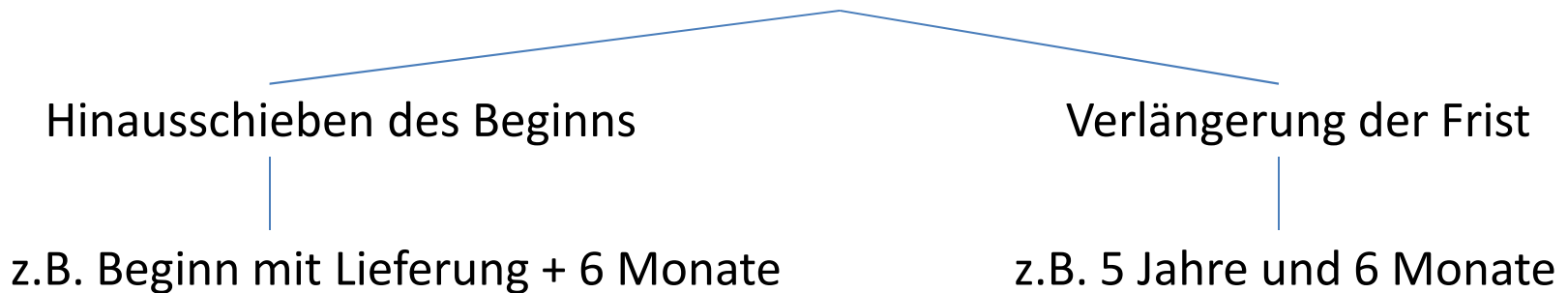
Wenn Mangelrüge kurz vor Verjährung erhoben wird, nicht verhandeln.

Ein Anerkenntnis eines Mangels vermeiden, z.B. indem Prüfung oder Arbeiten
„ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht“ erfolgen

3. Problem Verjährung gegen Baustofflieferant



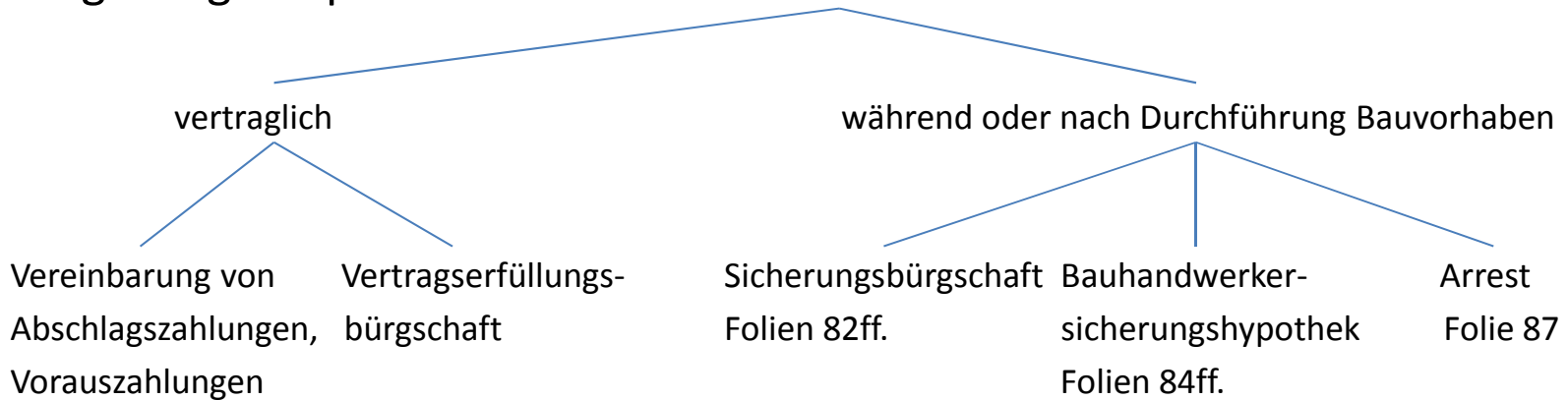
Abhilfe nur möglich mit Vereinbarung, auch in AGB zulässig



Merke! Die Verjährungsfrist gegenüber dem Lieferanten von 5 Jahren gilt nur, wenn zum Einbau bestimmt und innerhalb von 2 Jahren auch eingebaut werden! Anderenfalls 2 Jahre!

Durchsetzung der Vergütung

Welche Möglichkeiten bestehen, um die Durchsetzung bestehender Vergütungsansprüche abzusichern?



Was kann man tun, wenn AG Insolvenz anmeldet und keine Sicherung der Vergütungsansprüche erfolgte?

Schadenersatz geltend machen gegen Baugeldempfänger, z.B. Generalunternehmer, Folie 88

I. Sicherungsbürgschaft, § 650f BGB

Bedeutung:

Es handelt sich im Wesentlichen um eine Vertragserfüllungsbürgschaft, die ich erzwingen kann.

Nicht anwendbar bei Unternehmen der öffentlichen Hand und bei dem Auftrag zum Bau des gesamten Gebäudes für Verbraucher (also anwendbar, wenn nur mit Einzelgewerken beauftragt).

TIPP!

Allerdings kann mit der Forderung einer solchen Bürgschaft auch ein ungünstiger Vertrag beendet werden oder die Trennung von einem lästigen AG erfolgen!

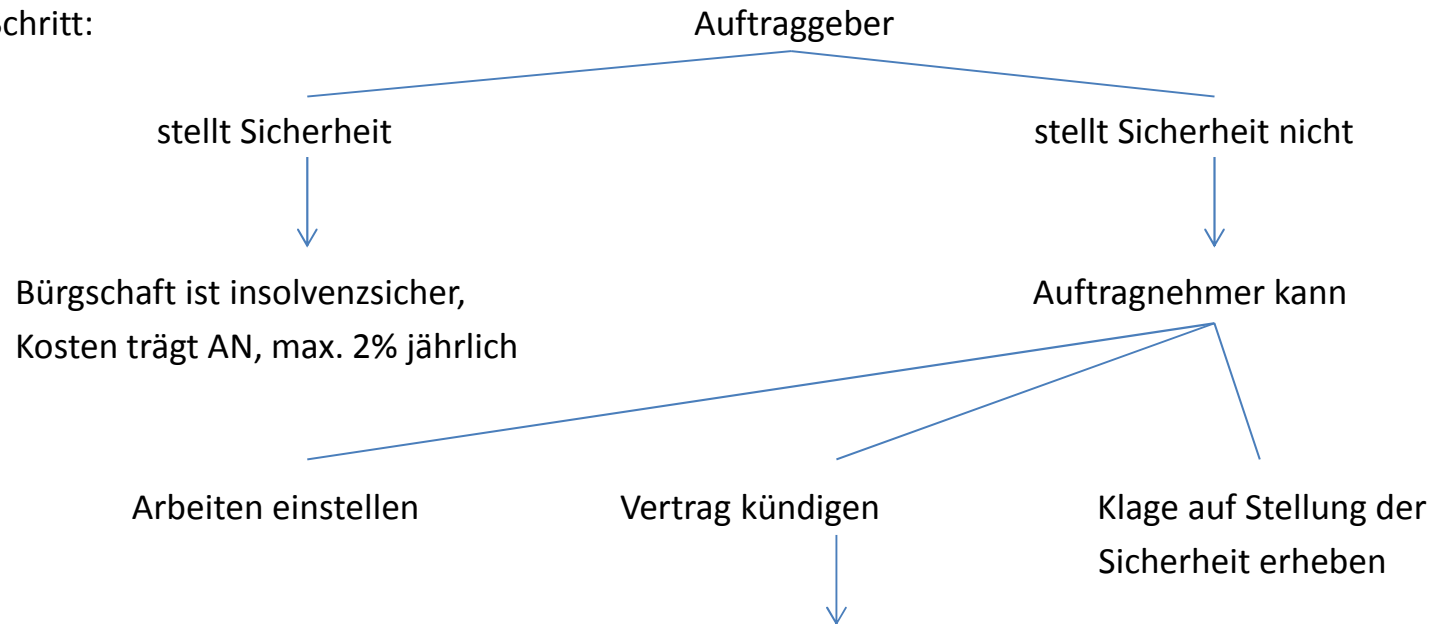
Vorgehensweise: 1. Schritt: AN verlangt vom AG eine Sicherheit für seine noch ausstehende Vergütung und setzt eine Frist, eine Woche reicht.

Höhe?: alle Ansprüche auf Zahlung, welche dem AN zustehen könnten:

- offene Vergütung bis zur vertraglich vereinbarten Höhe unabhängig vom Fortschritt der Arbeiten, also quasi ab Vertragsschluss
- Nachträge, Schadenersatzansprüche
- pauschal 10% der offenen Forderungen für Nebenforderungen

Beachte: keine Aufrechnung des AG mit eigenen Ansprüchen möglich, es sei denn, die sind unstreitig, kein Abzug für Mängel möglich, solange der AN sie noch beseitigen kann

2. Schritt:



Abrechnung wie bei freier Kündigung AG, voller ausstehender Werklohn! abzüglich ersparte Aufwendungen wie z.B.

- noch nicht gekauftes Material
- ersparte Fahrten zur Baustelle, Baugerätekosten
- ersparte Kosten eines NAN

-i.d.R. nicht eigenes Personal!, weil das ohnehin bezahlt werden muss

Merke also: nicht nur entgangener Gewinn!

II. Bauhandwerkersicherungshypothek

Bedeutung:

Mit dieser Sicherungshypothek kann der Anspruch auf **bereits erarbeitete** Vergütungsansprüche gesichert werden. Die Bauhandwerkersicherungshypothek ist insolvenzsicher.

TIPP!

Auch bei wertausschöpfend belasteten Grundstücken kann sich die Sicherungshypothek lohnen, wenn AG sein Grundstück zur Erlangung weiterer Kredite belasten will, weil bei eingetragener Hypothek keine weiteren Kredite gewährt werden.

Umfang: -nur Vergütung in Höhe des der geleisteten Arbeit entsprechenden Teils inkl. Umsatzsteuer
-auch Schadenersatzansprüche u.a. Ansprüche, solange sie mit der Erbringung der Leistung im Zusammenhang stehen
-also keine zukünftige Vergütung, außer ausstehende Vergütung nach Kündigung
-Mängel müssen mit den einfachen Mangelbeseitigungskosten berücksichtigt werden
-Abnahme oder Fälligkeit nicht erforderlich
-kein Abzug von zu leistender Sicherheit

Problem: bei Verbraucherbauverträgen für Vergütung nur noch Sicherheit von 20% möglich



dennoch Sicherungshypothek in voller Höhe der ausstehenden Vergütung?



ungeklärt

Bauhandwerkersicherungshypothek wird eingetragen auf Baugrundstück

Problem: Was ist, wenn Grundstückseigentümer nicht der AG ist?

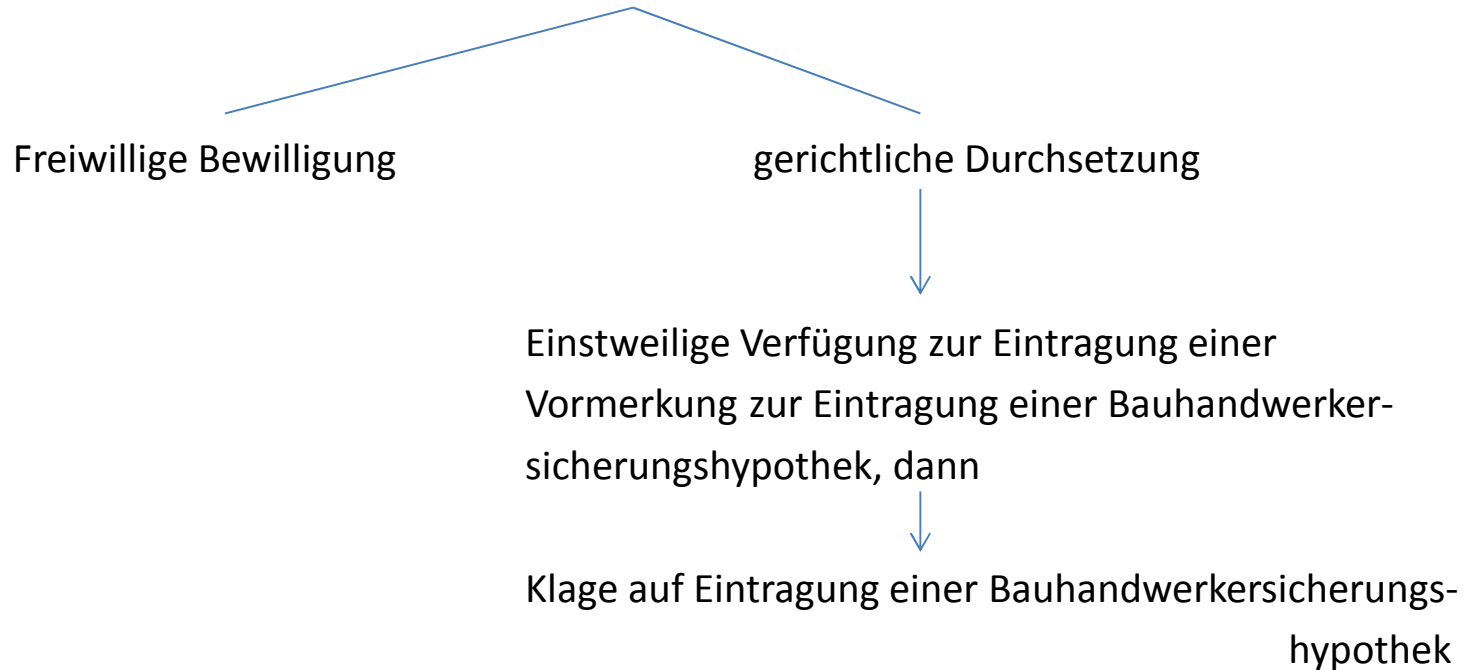
AG muss der Grundstückseigentümer sein.

Ausnahme: AG hat bei Vertragsschluss nicht offenbart, dass er nicht der Grundstückseigentümer ist **und es ist auch nicht anderweitig offenkundig.**

Beispiele: -Ehegatte des AG ist Grundstückseigentümer und AG spricht von „seinem“ Grundstück oder verhält sich überhaupt wie der Eigentümer
-Grundstückseigentümer erlaubt einem Pächter den Bau z.B. eines großen Stalles oder einer Lagerhalle oder eines Kaufhauses
-AG ist Tochterunternehmen einer Muttergesellschaft, die Grundstückseigentümerin ist
-AG ist ein Unternehmen, dessen maßgeblicher Gesellschafter der Grundstückseigentümer ist

Immer ist notwendig, dass AN redlicherweise davon ausgehen durfte, dass der AG selbst der Grundstückseigentümer ist, das darf er im Normalfall voraussetzen.
Es besteht keine Erkundigungspflicht.

Wie geht man vor, wenn man eine Bauhandwerkersicherungshypothek eingetragen haben möchte?



Folge: Wenn Grundstück noch werthaltig trotz Belastungen, kann AN gegen AG Klage auf Bezahlung seiner Vergütung und Duldung der Zwangsvollstreckung in Grundstück erheben. Dann Zwangsversteigerung.

III. Arrest

Bedeutung:

Es handelt sich um ein Mittel zur Sicherung **bereits erarbeiteter** Vergütungsansprüche in Form einer Arresthypothek auf dem Baugrundstück ähnlich der Bauhandwerkersicherungshypothek, aber auch Pfändung von Konten oder Gegenständen (PKW) möglich.

Vorgehensweise:

Antrag auf Erlass eines Arrestes bei Gericht ———> Ziel ist Eintragung einer Arresthypothek.

Wenn Arresthypothek eingetragen ist, kann nach einer Klage auf Zahlung der Vergütung und Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zwangsversteigert werden.

Vorteil gegenüber Bauhandwerkersicherungshypothek: -Arrest kann auch auf einem Grundstück eingetragen werden, was nicht Baugrundstück ist, es muss aber dem AG gehören

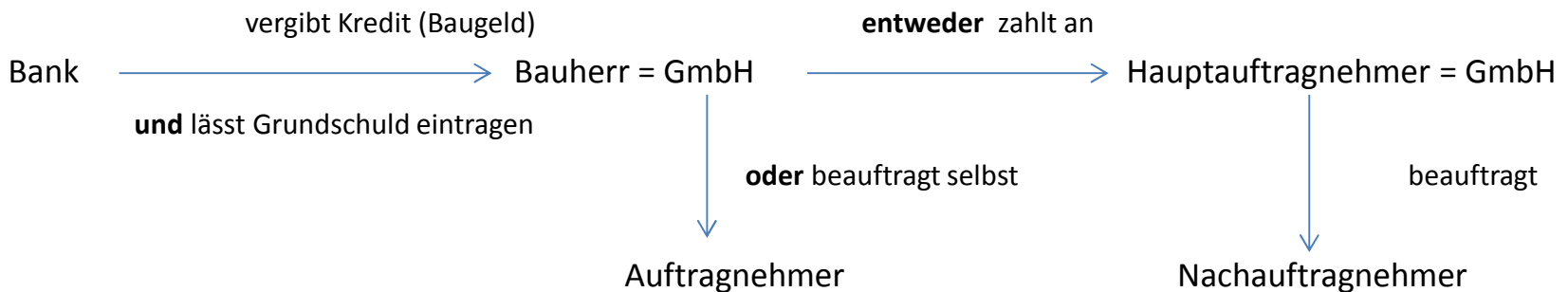
Nachteil gegenüber Bauhandwerkersicherungshypothek: Arrest nur bei Gefährdung der Vollstreckung der Vergütungsforderung:
-Schuldner verschleudert Vermögen oder beginnt sich ins Ausland abzusetzen oder
-belastet alle Grundstücke

IV. Schadenersatz gegen Baugeldempfänger

Bedeutung:

Es handelt sich um eine Möglichkeit, die **erarbeiteten** Vergütungsansprüche beizutreiben, wenn AG zahlungsunfähig ist und alle anderen Sicherungen nicht bestehen oder versagt haben.

Ausgangslage:



Bauherr zahlt Auftragnehmer nicht oder Hauptauftragnehmer zahlt Nachauftragnehmer nicht . Bauherr oder Hauptauftragnehmer sind zahlungsunfähig.



Anspruch auf Schadenersatz gegen denjenigen Geschäftsführer der zahlungsunfähigen GmbH, der Gelder aus dem Kredit erlangt (Baugeldempfänger) und das Baugeld nicht für die beauftragten Unternehmen verwendet hat.

Voraussetzungen:

- Es muss sich um Geld aus einem Kredit einer Bank handeln, welcher durch Eintragung einer Grundschuld abgesichert ist.
- Das Baugeld muss zweckwidrig verwendet worden sein, wenn es z.B. schlicht nicht für alle reicht, aber vollständig zur Bezahlung der AN verwendet wurde, kein Schadenersatzanspruch, Beweislast bei Baugeldempfänger
- Geschäftsführer der zahlungsunfähigen GmbH muss vorsätzlich gehandelt haben. Der liegt aber schon dann vor, wenn er als Geschäftsführer des HAN hohe Summen zur Bezahlung vom Bauherren erhält und sich nicht erkundigt, ob es sich um Baugeld handelt.

Folge:

- Anspruch auf Schadenersatz gegen Geschäftsführer in Höhe der ausgefallenen Forderung , soweit diese berechtigt an AN hätte gezahlt werden müssen, also kein Schaden, soweit Forderung wegen Mängeln nicht berechtigt oder eine Sicherheit hätte abgezogen werden müssen oder Baugeldempfänger wegen Insolvenzreife ohnehin nicht mehr hätte zahlen dürfen

Beachte: Statt Hauptauftragnehmer kann Baugeldempfänger auch ein Baubetreuer, Bauträger und ein Fertighaushersteller sein.

Es haftet auch jede weitere Person, die sich nachweislich und vorsätzlich an der zweckwidrigen Verwendung des Baugeldes beteiligt hat, denkbar der Hauptbuchhalter oder Prokurist.

**Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!
Auf Wiedersehen.**

